

賴素如李宜光釋憲案鑑定報告—羈押程序閱卷權

合憲性的美國法觀點

林超駿

（本鑑定意見書僅供大法官釋憲參酌用，欲引用者請徵得本人同意；又因寫作時間倉促，用註以及論述部分多不完整，還請見諒）

大綱

壹、前言

貳、於本釋憲爭議下所涉閱卷權之意義

參、從美國法觀點，羈押程序閱卷權與偵查不公開原則並無抵觸

肆、美國法制下，羈押程序閱卷權的憲法基礎

伍、我國憲法架構下的可能釋憲作為（一）：思考必要制度配套

陸、於我國憲法架構下可能釋憲作為（二）：釋憲方法

柒、結論

壹、前言

本鑑定意見書係依據 鈞院秘台大二字第 1050001604 號函所為；又由於本人此次被委以自美國法制之相關規定與學理提供可能借鏡之責任，是故，以下本鑑定意見書之相關分析與論述，特別是回答 鈞院所提三項問題之部分，基本上便以美國法實證規定（聯邦法制）、最高法院見解及其相關學理為基礎，此合先敘明。

然本意見書除回答 鈞院所提三項問題之外，由於論述方法上之需要，同時著重於以下兩點：其一，由於美國與我國實證法制上之歧異，因而論述重點除在於美國相關法制與學理之借鏡外，同時更致力於闡述哪些相關制度配套應予以正視或援引，即亦嘗試對參酌美國法制之方法作必要之闡釋。其二，由於本釋憲爭

議核心標的，也就是有關閱卷權之問題，除與 鈞院所提三項問題之討論存在必然之關係外，由於一方面美國法上並無相同之概念，同時 鈞院對於是項權利內涵似亦未曾表示過意見，是以，本意見書將對本釋憲爭議所涉之閱卷權的意義有所探討，並列在首要討論項目，作為通篇意見書論述之前提。基此，本意見書之論點與架構如下：

首先，將於第貳部分釐清本釋憲爭議下之閱卷權意義，參酌國際人權法以及主要國家法制（如美國），以為此處（羈押程序）所指之閱卷權，應係指被告辯護人有權接觸檢方所據以聲押之事證，而非全面掌握偵查階段檢方已搜集之事證。

以上述之閱卷權意義為基礎，就 鈞院所提出之第一項問題，也就是羈押審查程序閱卷與偵查不公開原則之問題做析述，本意見書將於第參段中析述，以為從美國法之角度看，於羈押審查程序賦予被告（辯護人）閱卷權，並無違反該國法之偵查不公開原則可言。復次，於第肆段將針對 鈞院所提出之第二項問題，也就是憲法層次的武器平等原則與被告辯護人於羈押審查程序閱卷權間關係之問題。對此，本意見書以為，美國法雖無承認武器平等原則，但在正當程序、人民知的權利（言論自由）以及公平審判等概念下，被告辯護人得享有於羈押審查程序之閱卷權。

之後，有關第三項問題之回答，也就是依據我國憲法究竟應如何處理上述問題之前，本意見書將分為兩階段。先於第伍段藉由介紹美國羈押審查法制，進而闡釋兩國法制之重要差異所在，並以此為基礎，論述 鈞院在援引美國法制以解決我國法之問題時，可能應思考的幾項重點。最後，於第六段則是強調， 鈞院於解決具體問題之前，應先確定羈押審查程序之性質、釐清釋憲標的範圍以及決定應介入之程度，之後再決定應作合憲性解釋，抑或違憲解釋，同時並提出釋憲之憲法具體規定依據與步驟。

貳、於本釋憲爭議下所涉閱卷權之意義

本釋憲聲請之源起，係因聲請人於羈押程序中，因無法檢閱檢方當庭所提交之密件，故依刑事訴訟法第三十三條第一項聲請閱卷，卻被拒絕故而聲請釋憲。雖然，在釋憲聲請書中，聲請人等主張現行刑訴規定違反國際人權法以及憲法相關條文，但在釋憲聲請書中，似未明確指陳究竟應賦予羈押程序被告（辯護人）

何種閱卷權？

按刑訴三十三條第一項畢竟只是實證法規定，當偵查程序並未賦予被告相同權利之際，此不過是一種立法不作為，從負面角度看或可稱為立法怠惰，然並非法律所為積極之權利限制，因而從憲法觀點，究竟是哪種具體權利有所牽涉，還需精確說明！故對於立法不作為，受影響之當事人（此處是羈押被告其辯護人）到底應享有何種權利？恐還需更為精確闡釋。是以，在回答 鈞院所提三項問題之前，有必要就本釋憲爭議所涉閱卷權之意義作一探討，同時亦是對本釋憲標的之範圍作確認。

一、閱卷權意義釐清之必要性

具體而言，於本釋憲爭議下，閱卷權意義之所以有進一步釐清之必要，至少是基於以下四項理由：

第一，就現狀言，閱卷權僅是實證法概念，本就必須從憲法上為闡釋，如果僅以刑訴三十三條第一項便作為憲法閱卷權之內涵，不僅失之釋憲重點，更恐淪於循環論證。

第二，接續前者，現行刑訴閱卷制度係以辯護人作為權利主體，除已備受學界批判之外，現實上我國刑訴實務上仍有相當比例被告未選任辯護人（無資力，且不符強制辯護或指定辯護規定），以實證法閱卷權概念界定釋憲範圍，不僅可能阻礙基本權利保障之擴張，更恐無助於本釋憲良善宗旨之實現！

第三，就 鈞院所提三項問題言，亦須以釐清閱卷權之內涵，方能作進一步討論。按就第一項問題言，即閱卷權與偵查不公開原則之關係，自須先確定所指閱卷權之意義；類似地，欲藉由武器平等原則闡釋於羈押程序賦予被告閱卷權之必要性，自亦以閱卷權內涵先被確定為前提；最後欲分析於我國憲法架構下，辯護人是否有檢視聲押卷宗之權利，亦以對閱卷權內涵先有所釐清為前提。

最後，純就本意見書論述之需要言，由於美國法無閱卷權相同概念，必須從功能角度而為立論，故亦有釐清閱卷權意義之必要。而事實上，如深究之，羈押程序之閱卷權，至少有四種可能性，請詳下述！

二、四種可能意義之閱卷權

如上所言，本釋憲爭議所爭執者並非實證法律對某項權利之積極限制，而是

規定上有所不足，特別是釋憲背景係因釋憲聲請人等於原羈押審查程序中無法檢閱檢方所提密件，而該密件復為法院作為裁定之基礎。以此而言，相關爭議除涉及刑訴法第三十三條第一項之規定不足，同時亦涉及刑訴第一零一條第三項之規定（此亦與釋憲標的之範圍有關，詳如以下第陸、二點討論）。

據此，面對刑訴法第三十三條第一項如此之不足規定，加以參酌釋憲聲請人所經歷檢方提交密件之經驗，欲強化羈押審查程序對於被告之保障，至少可能有四種可能性，從寬到窄他們分別是：第一，這可能是指於偵查階段賦予被告與審理階段完全相同之閱卷權而言；第二，這亦可能是指於羈押審查程序，應賦予被告有權接觸檢方所據以聲押事證之權利，無論是否屬於密件；第三，這亦可能是指檢方有義務將聲押事證交給法院，再由法院向被告告知要旨並決定是否讓被告檢視相關證據，且不能因屬密件而不為；第四，則是有如我國現行刑訴第一零一條第二與三項之規定，但對於密件處理方式，並無具體規定。

三、國際人權法的見解：以歐洲人權法為例

有關於羈押審查程序閱卷權，究竟應採取上述何一意義？是一於論證上極具挑戰性之問題，而一個簡單回應之方式，或可說是解鈴還需繫鈴人之回應方式，便是回到作為此釋憲聲請源頭之國際人權法，作一探究。由於時間以及篇幅所限，以下便以歐洲人權法院兩份判決見解，作為介紹對象。

在學者對於歐洲人權法院相關判決見解之介紹下，¹國內法界對於歐洲人權法院於羈押審查程序閱卷權之見解，已有一定認識。本意見書於此，主要係從歷史觀點，說明相關見解之演變。

1. *Lamy v. Belgium*²

從歷史的角度看，歐洲人權法院首次處理到羈押程序閱卷權之問題，係出現在一九八九年的 *Lamy v. Belgium* 乙案，在該案中歐洲人權法院表示：

The applicant's counsel did not have the opportunity of effectively challenging the statements or views which the prosecution based on these documents. Access to these documents was essential for the applicant at this crucial state in the proceedings, when the court had to decide whether to remand him in

¹ 楊雲驊，閱卷權的突破－以歐洲人權法院近年來數個判決為例，台灣法學雜誌第 70 期，94 年 5 月，頁 120 以下。

² *Lamy v. Belgium* (1989) 11 EHRR 529.

custody or to release him.

大意是，檢方用以聲押之證詞、論點等所依據之文件，被告辯護人應有權利檢閱。

2. Garcia Alvia v. Germany³

之後出現相關案例之一，便是國內學者已介紹之 Garcia Alvia v. Germany 乙案。

An accused must be given a sufficient opportunity to take cognizance of statements and other pieces underlying them, ... Information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the detainee's lawyer

大意是，對於用以判定拘禁合法性的必要資訊，應以適當方式給予被告（被拘禁人）之辯護人檢閱。與前一案件相較，雖意旨相似，但似更強調以適當方式給予辯護人檢閱卷宗之機會。

由以上介紹可知，國際人權法係要求作為檢方聲押基礎之相關事證，而非檢方已掌握之全部卷證，皆必須有讓被告有檢閱之機會。

四、英美兩國法制亦採類似見

英、美兩國法制皆以為，於羈押審查程序毋需進行全面的證據開示。

五、小結

據此，本意見書將以第二種意義閱卷權作為本意見書之論述前提。

參、從美國法觀點，羈押程序閱卷權與偵查不公開原則並無抵觸

以下進入 鈞院所提之第一項問題。純就實證規範言，從一般所以認為美國

³ Garcia Alva v. Germany (2003) 37 EHRR 335.

法上有關偵查不公開原則之實證規定，即政府資訊公開法 7(c)例外不公開⁴以及聯邦刑事訴訟規則 6(e)⁵大陪審機制密行等兩項規定，並不能導出羈押審查程序閱卷權應被限制之結論。抑有進者，無論是就美國聯邦法制具體規定言，抑或是從憲法學理上看（此部分詳如以下第肆段之分析），甚且皆以為羈押審查程序（detention hearing）之進行以公開為原則，而在此前提下，被告其辯護人於羈押審查程序中檢閱檢察官所據以作為聲請羈押之事證，更是屬原則而非例外。而以下在闡釋美國法兩項偵查不公開規定與閱卷權之關係前，將先稍微說明在討論此一問題方法上所面臨之難題。

一、問題再認識：閱卷權與偵查不公開原則關係研究上之困難

鈞院所提三項問題之中，第一題或許是其中最為困難者，該題之所以不易回答，關鍵主要有三：第一，我國法偵查不公開原則之內涵，其實各方意見便不盡相同，如何以此一本身尚有爭議之原則作為釋憲準據，是項工作便屬一項挑戰；第二，美國法雖有類似偵查不公開原則之概念，但實證法上並無類似我國刑事訴訟法第二四五條第一項開宗明義之「偵查不公開」之規定，故如何從散佈於不同法條之規定歸納出美國法之偵查不公開原則，又是另一項挑戰。

最後，或許是最重者，由於偵查不公開尚非我國憲法位階上之原則（至少鈞院尚未在任何解釋中予以承認），在此前提下，於討論閱卷權與偵查不公開原則關係之際，如何跳脫出實證法之框架，便屬重要之事；換言之，既是欲解決釋憲爭議，其實還須先從憲法角度對偵查不公開原則之內涵予以闡述，然由於時間所限，對此只能暫為割愛了。以下便從一般所以為美國法上有關偵查不公開原則之實證規定為基礎，闡釋為何上述第二項意義之閱卷權，並無與此兩項規定有任何牴觸。

二、政府資訊公開法中相關規定與羈押審查程序閱卷權無涉

如前所述，綜觀國內法界有關美國偵查不公開原則研究之文獻，一般將美國法中政府資訊公開法中第 7(c)例外不公開規定，以及美國聯邦刑事訴訟規則第 6(e)大陪審等兩項規定，作為比附援引之對象。由於以規範位階看，前者為聯邦一般法律規定，後者為最高法院所制定之司法規則，前者位階較高（同時爭議也較少），故本處之分析先從前者談起。

⁴ 法務部於立法院第六屆第一會期提交於司法委員會，有關各國偵查不公開法制之介紹中，美國法部分便是依據此一規定。請參見：法務部，法務部就「偵查不公開之規範與分際及各國相關法制」乙案之口頭補充報告，94 年 3 月 23 日，第 4 頁。

⁵ 文獻上首先提到此一規定者，似為蘇佩鈺，偵查不公開與新聞處理原則－以美國聯邦制度與我國法之比較分析為中心，檢察新論第 4 期，97 年 7 月，頁 118 以下。

美國政府資訊公開法（Freedom of Information Act）第七條例外規定就司法程序部分，規定了以下六項毋需公開之例外事項：（A）合理預期將干擾執法程序，（B）剝奪當事人受公平審判權利，（C）合理預期將不當侵害個人隱私，（D）合理預期將揭露秘密消息來源或洩漏國家刑事機關調查犯罪或合法國家機密來源，（E）合理預期將揭露調查或起訴技術及程序，（F）合理預期將致人生命或身體之危險者。⁶

對於此一規定與羈押審查程序閱卷權之關係，有兩點必須於此提出：

第一，從歷史的角度看，美國政府資訊公開法此一例外不公開規定共修改過兩次，基調似是逐漸限縮不公開之範圍。事實上，如以此作為美國法所謂偵查不公開之準據，亦遠比我國現行刑事訴訟第二四五條第一項來得精細，如輔以下述有關大陪審機制密行之分析，對我國偵查不公開原則或有值得參考之處。

第二，比較重要的是，就本釋憲爭點言，也就是羈押程序閱卷權與政府資訊公開法之關係，由於政府資訊公開法係就一般不特定多數人知的權利與上述例外六項規定做權衡，但本爭點係僅就刑事被告本身之權利（閱卷權、辯護權或正當程序保障權限），故即便我國法有完全相同之規定，是否能予以適用至本爭議之中，恐有疑問！且就特別法與普通法之關係言，刑事程序之當事人應適用刑事程序規定，而非適用一般性規定。是故，賦予羈押程序閱卷權並不與此例外不公開規定有何牴觸。

三、大陪審密行法制，形式上與功能上皆支持本意見書所定義之閱卷權

美國法第二個足以類比我國法偵查不公開原則之實證規定，當屬聯邦刑事訴訟規則第 6(e)項以下之複雜規定。簡單說，第 6(e)項係有關大陪審團程序密行（secrecy）之規定，但因晚近科技進步，以及當代所發展出證據開示制度，所以該項有分數款分別規定錄音(影)以及相關資料於何種條件下可為揭示之規定。若欲較為完整介紹美國聯邦大陪審團法制當然超出本鑑定書之範圍，以下僅就與本爭議有關之三點，作進一步析述。

第一，大陪審團密行規定係放在美國聯邦刑事訴訟規則之中，且係該規則中唯一強調程序密行之規定，故以之與我國刑事訴訟法第二四五條第一項類比，或

⁶ 此處譯文，係依據註 4 法務部提交立法院司法委員會之文獻。

較上述政府資訊公開法規定來得適切；第二，因美國法對於違反此一不公開原則之行為並有處罰之規定，其實亦與我國法制現狀極其類似；第三，最重要的是，純從形式之規定上看，此一規定亦無法得出羈押程序閱卷權應被限制之結論。

雖然，從形式上看，此一大陪審程序密行規定似對於當下釋憲爭議之解決貢獻不大，但如嘗試從功能角度思考此一法制可能之借鏡，結論或許有所不同。事實上，如從功能之角度看，可能有以下兩項問題值得作進一步探究：一是項法制背後之理論基礎到底為何？對於解決當下釋憲爭議有何助益？二是如與我國法制相較，為何該國法制僅強調大陪審機制之秘密性，而不及於其他偵查階段之作為？反面言之，我國法的偵查不公開原則之規定，是否嫌於概括？茲分析如下：

（一）大陪審程序密行之理論基礎，難以支持上述第一項意義之閱卷權

首先，大陪審程序強調秘密性之理論基礎，其實與我國法之偵查不公開原則類似，強調避免傷及無辜，也就是基於對於被告以及其他被傳喚證人名譽之尊重，不過，於美國法上另外亦強調，大陪審程序本身之秘密性，是在避免偵查相關消息外洩，造成刑事犯罪追訴之阻礙，而從相關文獻之討論看，後者之討論價值，似乎有超越了前者。

之所以說大陪審密行之理論基礎主要是在實踐刑事訴追，這主要是從大陪審機制密行意義之角度而論。按美國法所強調 *secrecy*，並非僅是當下大陪審程序進行不公開而已，更擴及於該程序中所搜集之事証資料事後得否被揭示之問題，就此而言，顯與我國法的偵查不公開有所不同。此因於我國法於先前不公開程序下所製作之筆錄以及所取得之證據，於起訴案件移審卷證併送後，被告（辯護人）皆可透過閱卷機制予以知悉。反之，於美國法於大陪審程序下所搜羅之證據（含所製作之筆錄），是否得被揭示？特別是得否揭示給被告？是該國法制辯論之重點。

就此而言，之所以必須密行之關鍵是在於證人而非被告，而之所以如此，這恐涉及相關證據法則，亦即證人在大陪審團前所為之陳述，基本上係屬審判外之陳述，因而除符合相關例外，因基本上屬傳聞證據故無證據能力，而美國法上亦不似我國係以在法官及檢察官前之訊問作為例外，故證人在大陪審團前所為之陳述（不管是否揭露）對於被告於審理程序上之影響言（頂多涉及證據法上與先前不一致陳述），實屬有限。反之，對於證人言，是否於開示程序揭露證人於大陪審團前之陳述，則涉及其於起訴前作證之意願，而如證人一旦不願陳述，則案件恐連起訴（認罪協商）之機會皆無，所以大陪審機制強調密行性之關鍵，利於刑

事訴追應屬其中之重要理由。

此處所要強調之重點是，當對於屬於偵查階段大陪審程序所製作之證人筆錄，日後於通常審理程序皆未必能揭示時，於美國法制下，欲主張於羈押審查程序中，被告辯護人得檢閱檢方已掌握之所有事證，恐更難以達成！

（二）我國法之偵查不公開原則是否嫌於概括

從借鏡美國法經驗之角度看，最為困難的問題或許是，為何美國法有關偵查階段之秘密性，法制上僅明文規定於大陪審機制，而不及於其他刑事偵查階段？亦即美國法為何在偵查階段僅於大陪審起訴程序強調秘密？於其他程序卻無明文規定？是否意味我國法規定範圍過廣？文獻上似未見到充分之說明，然此一與我國法之重要差異，實具有重要意義！亦即，對於不同階段之偵查程序性質是否需進一步作區別？恐是一項必須正視之問題！所以從美國法之角度看，本釋憲爭議問題之關鍵恐在於，羈押審查程序本身究竟應以公開或秘密為原則？

四、小結：偵查不公開原則之適用範圍須被精確界定

綜上所言，從以上分析可知，美國聯邦刑事訴訟規則規定大陪審機制本身之秘密性，其實與我國現行偵查不公開原則之內涵有相同也有相異之處，而其中最重要之啓示或許是，偵查各個階段本身是否皆有保其秘密性之必要。亦即，美國法對於我國法之重要借鏡，或許是在於偵查不公開原則不宜被過於概括地使用，或應從區別不同偵查階段而對不公開之程度作不同處理。而依如下之分析，美國法係以羈押審查程序（detention hearing）公開進行為原則。

肆、美國法制下，羈押程序閱卷權的憲法基礎

本段係針對第二項問題。首先必須強調的是，無論是美國憲法條文規定，抑或是最高法院等法院見解，似未明文承認所謂武器平等原則；雖然如此，美國法於羈押程序對於被告之程序保障，恐不下於一般所理解的武器平等原則，因而於羈押審查程序之賦予被告（辯護人）閱卷權，是有明確基礎者。之所以如此說，主要是基於以下二者：

第一，以上位層次言，該國最高法院以憲法第一增修條文言論自由為基礎（或部分案件亦同時以第六增修條文為基礎），將刑事審理程序之公開為原則擴大及於審前程序，一般以為亦及於羈押審查程序；是以，除上述以偵查不公開原則進

而否定閱卷權之論述恐失其附麗外，更意味著被告與檢察官之關係大體上無殊於審理階段。第二，就直接與本釋憲爭議有關之見解言，數個上訴法院已表示基於對被告正當程序權利保障，如檢察官所提出者係 *ex parte* and *in camera* 證據，也就是檢方提出證據時僅單方當事人出庭在場（*ex parte*），且係以秘密方式為之（*in camera*）時，因違反憲法對於被告正當程序法制保障，法院不得採用。謹以下列四段作進一步闡述。

一、以憲法第一增修條文言論自由及第六增修條文公平審判為基礎，羈押審查程序以公開為原則

如上所言，美國刑事程序之實證規範上唯一明文規定採密行之程序者，僅為大陪審之起訴審查程序，因而法制上對於羈押審查程序究竟應以公開或秘密方式進行，無論聯邦法律或是訴訟規則皆未明文規定，甚至最高法院判決本身亦未直接處理到此一議題。然無論從歷史上看，抑或是從學理上看，特別是依據最高法院於一九七零年代末期以來數個相關案例見解推論，一般以為羈押審查程序應以公開為原則，茲說明如次：

（一）最高法院有關通常審理程序公開為原則之見解

美國最高法院首先是在 *Richmond Newspaper v. Virginia* 乙案⁷（被告主張其謀殺罪的第四次審判應採秘密方式）中，強調刑事審判的通常審理程序，以公開為原則；之後，在 *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*⁸ 乙案（有關青少年犯罪）中，又再度確立此公開審理原則。

（二）最高法院以為審前程序應以公開為原則之見解

雖然，最高法院在上述兩案中以為通常審理程序應以公開為原則，但是否能將此原則適用至其他刑事程序階段？可能未必。有幸的是，最高法院於一九八四年起針對不同的審前階段，皆表示此些程序亦以公開為原則。

最高法院首先是在 *Press-Enterprise Co. v. Superior Court* (I)⁹ 乙案中，以為俗稱為 *voir dire* 的陪審選任程序應以公開為原則；之後，在同年稍晚出現的 *Waller v. Georgia* 乙案¹⁰中，則以為排除無證據能力證據的準備程序，亦應以公開為原則；之後，另於 *Press-Enterprise Co. v. Superior Court* (II)¹¹ 乙案中，以為初審

⁷ *Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia*, 448 US 55 (1980).

⁸ *Globe Newspaper v. Superior Court*, 457 US 596 (1982).

⁹ *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 464 US 501 (1984).

¹⁰ *Waller v. Georgia*, 467 US 39 (1984).

¹¹ *Press Enterprise Co. v. Superior Court*, 478 US 1 (1986).

(準備)程序(preliminary hearing)亦以公開為原則；最後，則在 *El Vocero de Puerto Rico v. Puerto Rico* 乙案¹²中，亦表示類似見解。

然必須強調的是，美國最高法院雖將公開審理原則從通常審理程序本身擴張至審前程序，並對上述不同審前程序公開之必要性做申論，但尚未曾直接對羈押審查程序的公開性表示過意見。然而，有幸的是，數個上訴法院曾對羈押審查程序公開性之問題表示過意見，請詳下述。

二、以正當程序規定為依傍，原則上禁止 *ex parte* and *in camera* 證據

之所以不同之上訴法院曾對羈押審查程序之公開性曾表示過意見，這主要是指數個上訴法院曾否定下級法院以 *ex parte* and *in camera* 證據，作為裁定羈押之基礎。就問題之實質言，此一案例實與本釋憲爭議最為直接有關者。其中，以第二巡迴上訴法院於 *United States v. Abuhamra* 乙案¹³所表示之意見較為完整（雖然，該案係針對定罪後之羈押程序），以下便以此案件為基礎進行析述。

（一）、*ex parte* and *in camera* 證據之意義

所謂 *ex parte* and *in camera* 證據，係指僅單方當事人出庭且以秘密方式調查之證據而言。

（二）、案例事實

本案事實約略是，被告 *Abuhamra* 自從被逮捕後便一直交保在外，且雖然被限制住居，但卻曾被允許兩次海外出訪。之後，於被告定罪之後，檢方依據 US 3143 規定，聲請法院羈押被告。檢方初次提出之事證是，被告於海外出訪時曾接觸恐怖分子，因而主張被告恐對社會造成危害故有羈押之必要，並提出照片為證，然被告反駁檢方照片之影像非屬被告。在此一爭議未被解決之際，檢方復又提出執法人員證詞以證明被告之危險性，但以屬 *ex parte* and *in camera* 為由，不欲讓被告檢視。最後依據此一秘密證詞，檢方聲請羈押成功。

（三）、推論基礎

對於羈押庭是否得以 *ex parte* and *in camera* 證據作為羈押決定之準據？第二巡迴上訴法院在經過非常徹底且全面之討論後，以為地方法院所為之羈押裁定係屬違憲者。

¹² *El Vocero de Puerto Rico v. Puerto Rico*, 508 US 147 (1993).

¹³ *US v. Abuhamra*, 389 F.3d 309 (2d Cir. 2004).

第二巡迴法院之論述基礎，主要是依據最高法院著名的 *Mathews v. Eldridge* 乙案¹⁴，於該案中對於判定個案正常程序所採之利益衡量準則（balancing test）。而於本案中與政府利益相對者主要有二：一是上述最高法院向來以為基於言論自由，公眾對於刑事審判程序有監督之利益，二是被告本身於羈押審查程序中所應享有之正常程序保障。為何以 *ex parte and in camera* 證據作為羈押裁定依據係屬違憲，上訴法院之推論約略如下：按本案被告雖經審理宣告有罪，因而其實體上權利不免喪失，但對於是否被羈押應仍享有一定程序保障。因而無論被告是否於有罪羈押程序中負舉證責任，應賦予其對其不利陳述或證據做辯駁之機會，如果無，便是違反憲法正當程序保障。而在另一方面，*ex parte and in camera* 證據等同是使得大眾對於案件審理並無監督之機會。基此，地方法院不得以 *ex parte and in camera* 證據作為羈押裁定之基礎，並參酌上述 *Waller v. Georgia* 以案件解，提出對 *ex parte and in camera* 證據之操作模式。

三、分析

由於時間所限，以下便對上述美國實務見解作扼要地分析：

第一，純從實證法制看，美國羈押審查程序以公開進行為原則，是屬與我國法制上極大之差異，然此舉不僅有憲法學理支撐，亦與前述該國偵查不公開法制規定與理論基礎相呼應。

第二，美國法之所以強調通常審理程序等程序皆應以公開為原則，理論基礎主要是在於，依據憲法言論自由理論，不特定大眾有權利知悉特定刑事案件程序進行的情況，且如不特定之大眾如能隨時進入法庭內觀察法庭活動之進行，反有利於被告等受公正審判權利的實踐。也是基於此一理論，於上述部分案件中即便是被告以其憲法公正審判權利恐因公開審判而受到傷害，故應進行秘密審理，此種主張一樣必須向言論自由讓步。所以吾人或許可以說，於美國憲法架構下，當第一與第六增修條文之規定發生衝突時，第六增修條文中之被告權利必須讓步。

第三，以 *ex parte and in camera* 證據作為羈押裁定之基礎，等同於進行秘密審理，當然屬上述公開審理原則之例外，故必須受到嚴格檢視。

第四，上述 *Abuhamra* 案件雖係處理被告於定罪後之羈押審查程序正當程序保障問題，但因如與審前羈押程序於本質上做比較，應屬舉輕明重，故相關法理

¹⁴ *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (1976).

當可適用至審前羈押程序。

第五，於 Abuhamra 案中，當事人（被告）亦主張 *ex parte and in camera* 證據使其未能受實質有效辯護，不過上訴法院以為此主張應為正當程序所吸收，此或亦可供參考！

四、小結

綜上所述，從美國聯邦法制的角度看，對於 鈞院所提的前兩項問題，基本上看法如下：就第一項問題言，從該國法制中類似偵查不公開原則，無法推論出羈押審查程序閱卷權必須被禁止之結論；就第二項問題言，美國法係依據憲法言論自由、公平審判等規定，強調羈押審查程序必須公開進行，至於檢方所提密件行為之禁止，則是依據憲法正當程序法理。

然在進一步援引上述美國法制以解決我國當下問題時，恐還需對美國整體羈押法制作更全面與深入之探討，以明借鏡美國法時可能所需的相關制度配套，俾能完整解決我國法所面臨之挑戰。

伍、我國憲法架構下的可能釋憲作為（一）：思考必要制度配套

最後，進入探討 鈞院所提第三項問題，也就是於我國憲法架構下是否應承認羈押程序閱卷權，同時應以何種具體方式實踐等問題。對此，本意見書嘗試將相關分析區分為兩部分：將先於本段中藉由與美國法制作比較，剖析落實羈押程序閱卷權可能應有的制度設計上配套，接著於下一段則著重於釋憲過程上或應注意的幾項重點。

按羈押程序閱卷權，不過整體羈押法制之一部，美國法如此要求羈押審查程序以公開為原則，且被告有權閱覽檢方聲押事證，如此制度設計是否有其必然之配套？這是吾人援引參酌美國法之際，所必須關心者。其中，關切之重點應在於，從被告正當程序權利保障角度，美國法哪些制度設計較我國者為完整？哪些機制較我國法為不足？是以，此處有必要先就美國法（聯邦法制）羈押審查程序之大概作介紹，同時更需對兩國法制實然面之差異，作必要之耙梳，以作為下一段有關我國法解決方式論述的前提。基此，以下便先從對美國聯邦羈押審查程序法制作介紹開始，接著再析述我國法相較於美國法過猶不及之處。

一、美國聯邦羈押審查程序內涵概述

美國現行聯邦羈押審查程序係規定在 Bail Reform Act of 1984 中，相關條文為 USC §3142，另相關實務見解亦有其參考價值；然就本釋憲爭議羈押程序閱卷權言，尚須一併探討聯邦刑事訴訟規則第 26.2 條 及第 46 條 j 項之規定，以下便分三段分別析述之。

（一）法律規定：USC §3142(f)

除當事人雙方聲請延展（continuance），羈押審查程序原則上於被告第一次出庭時（first appearance before the judicial officer）進行。而就聲請延展之程序言，除非有特殊事由外，被告（用語是 the person）得聲請延展五天，檢察官只得聲請延展三天，無論是五天或三天皆不包含例行及國定假日。

具體而言，不僅檢察官得聲請發動羈押程序，法官亦得依職權為之。在羈押審查程序進行中，被告得受律師辯護，如資力不足，法院應指定辯護人。被告於此程序中應有作證、提出證人、進行交互詰問以及提出物證書證（proffer）等權利。審理程序中所採用的證據容許性法則（admissibility of evidence），不適用於此程序中有關事證的提出與評價。並強調，對於以被告有可能對個人以及社區產生危險為由所發動之羈押程序，檢方必須負說服責任至證據明確（clear and convincing evidence）程度。再者，如事後發現先前未知的事證且對於是否羈押之判斷有重要影響，則羈押審查程序可以隨時重開。

（二）實務相關見解

以上是以 USC §3142(f)項規定為基礎所為之介紹。此一程序規定看似比我國法相關規定為完整，但到底仍有所不足，故有上述美國聯邦法院體系有關各類重要問題見解之出現，也就是羈押審查程序是否以公開為原則？以及對於 ex parte and in camera 證據允許性之問題。然除此兩項重要問題之外，從被告得否閱覽接觸檢方所掌握事證之角度看，尚有兩點必須於此介紹：第一，被告不得對未被檢方傳喚之不利證人進行交互詰問，也就是上述被告進行反詰問之權利，僅限於已到庭之證人¹⁵；第二，類似前者，被告亦不得要求進行全面的證據開示（discovery）程序，¹⁶如此便意味著，被告於羈押程序無權接觸檢方已搜集到其他對被告有利之證據（exculpatory evidence），也就是於羈押程序中無著名的 Brady principle 的適用。

¹⁵ United States v. Accetturo, 783 F.2d. 382 (3d Cir. 1986).

¹⁶ United States v. Martir, 782 F.2d. 1141 (2d Cir. 1986).

（三）聯邦刑事訴訟規則第 26.2 條及第 46 條 j 項之規定

與 USC§3142(f)相輔相成之規定，是聯邦刑事訴訟規則第 26.2 條 及第 46 條 j 項之規定。聯邦刑事訴訟規則第 26.2 是賦予未傳喚特定證人的一造當事人，於主詰問（direct examination）作證後，得要求傳喚他造提供該證人先前所為之其他相關陳述記錄，俾供後續程序（如詰問）用，如他造當事人拒絕，則輔以處罰規定（於通常審理程序除得將證詞排除外，甚至得據此宣告 mistrial；於羈押審查程序則是要求法官不考慮該證詞）。

必須說明的是，聯邦刑事訴訟規則第 26.2 條規定原僅適用於通常審理程序，之後增加第 g 項明示擴充及於初審程序（preliminary hearing）、量刑程序以及與本釋憲爭議有關的羈押審查程序。而有關羈押審查程序之適用，復於第 46 條增加 j 項之規定，規範羈押審查程序如何準用第 26.2 條(a)-(d)以及(f)之規定。

二、美國整體羈押程序法制與我國法相較：過猶不及之處

在對美國羈押審查法制有一基本認識後，有必要對美國法與我國法制度設計上之差異作比較。而其中之重點是從被告權利保障角度，分析美國法中有其他較我國法為完備，但亦有較我國法為不利於被告之制度設計，同時該國法亦有屬中立性之制度設計。

從以上對美國羈押審查程序扼要之介紹中可知，看似簡單的羈押審查程序，但各國實證法制可以在大同之中，存在着極其重要的小異，相當程度蘊含着法制繼受或參酌援引上之挑戰。簡言之，以此重要細緻差異存在為背景，上述美國法偵查不公開原則，以及從言論自由與正當程序所建構之羈押審查程序，究竟應如何進一步為我國法所用？便可能需要細細思考！

（一）美國法其他較我國法為有利被告制度設計

從以上之分析可知，美國羈押審查程序賦予被告閱覽檢方聲押事證之權，此顯有利於被告，且為我國當下法制所無。然綜觀美國整體羈押審查程序，這不是該國法制中，唯一比我國法更有利於被告之制度設計。約略言之，至少還有以下三者，是我國法所無而較有利於被告之制度。

第一，美國上述整體羈押制度其實是建構在該國拘票（arrest warrant）之簽發，係僅由治安法官或普通法官等所謂 judicial officers 方能為之為前提，因而絕大部分進入羈押審查程序之案件，亦即除現行犯或通緝犯等之外（故如到院後，此等人士必須先進行所謂的 Gerstein Review），其實法院先前即已介入一定程度

之審查。因此，就羈押審查程序發動之一刻言，至少就院方與檢方言，其進入狀況之程度可能與我國法有別，因而或相對較從容地使被告檢閱相關卷證。此外，先由司法官員得核發拘票，或許是對被告更為有利且重要之保障，從而或有利於羈押審查！

第二，如上所言，美國現行羈押審查程序中，有指定辯護制度，而此為我國現行法制所不足者。

第三，此外，在援引參酌美國羈押審查程序之際，除羈押審查程序本身之具體規定外，恐還需慮及歷史傳統之問題。簡單說，在普通法國家之傳統，正如同上述刑事審理程序以公開為原則，有關被告審前情況亦以保釋為原則，這或許可說明為何法律名稱是 Bail Reform 而非 Detention Reform 之故。因而，在預設前提不同下，法制設計亦可能有所不同。當然，我國法自亦可調整相關法制預設之目的。

（二）相較於我國，美國法不利於被告制度設計部分

由於時間所限，先提出以下五點我國法與美國法比較下，美國法較我國法為不利於被告之制度設計。

第一，美國法法官（judicial officer）得依職權發動羈押程序。

第二，接續前者，如前段之介紹，美國法上係准許當事人皆得聲請羈押審查程序之展延，雖然檢辯的期間有別，但此蘊含着一重要意義，即羈押審查程序之進行固以時效考慮為優先，但在必要時得適度延後，俾以利雙方當事人充分準備，搜集相關事證，俾以作出正確的決定。

第三，比較重要的是，是有關羈押審查程序所採取的證據法則問題。依據我國現行刑事訴訟法第一五九條第二項規定，於羈押審查程序中傳聞證據仍可採用，是屬與通常審理程序所採證據法則最大差異之處。然如上所言，美國法的用語是證據容許性原則不適用，因而於該國羈押審查程序中，傳聞證據固然可用，檢警違法取得之證據（依證據排除法則應排除之證據）以及依據此一違法證據所取得之證據（毒樹果實）亦得使用，甚至是被告違法自白，亦可能被使用（似僅第二巡迴上訴法院明示不得使用）。因此，從證據法則之角度看，這或許是欲強化被告於羈押審查中權能，同時落實國際人權法所揭示羈押審查程序必須採取對審制之際，恐必須一併思考之極其重要問題！

第四，於美國法尚有 rebuttable presumption 法制，於此制度下，特定被告負有先為說服之義務。

第五，在整體羈押法制中美國法尚有一機制係我國法所無者，即如未被羈押之被告，日後如未如期出庭者，是屬犯罪行為，將受到刑罰之制裁。如此制度設計，對於部分被告，特別是輕罪被告，或亦有所影響。

（三）美國法中立性制度，而為我國法所無之部分

此外，美國法中尚有屬中立性制度，而為我國法所無者：

第一，上述美國法制顯較我國現制為複雜，且法官不免有較大之負擔，而值得提出之制度設計是，於美國聯邦法制下絕大多數羈押審查庭係由治安法官，也就是 magistrate judge 負責。在從被告權利保障角度強化羈押審查制度設計之同時，是否亦應一併考慮法官員額或分類之問題？或許亦應是細細思量者！

第二，美國聯邦地方法院中有 Pretrial Service Department，該部門得向法官就聲押個案提出意見，以為參酌。

五、基於兩國法制差異，可能必須思考的制度配套

以上述之分析為基礎，在落實羈押審查程序閱卷權之際，可能必須一併思考以下之制度配套。

（一）延後進行羈押審查之可行性與要件

在某些場合，特別是現行犯或通緝犯逮捕之情形，檢方可能需要多一點時間準備聲押事證，特別是若在被告有閱卷權之後。因此美國法上述延後進行聲押程序的制度設計，或有參考價值。反之，對被告言，特別是因被拘提而進入聲押程序者，相較於核發拘票之一方，準備上可能較為不及，上述美國延後聲押法制，對被告言亦非毫無利益。

（二）羈押審查程序是否應予以公開

再者，羈押審查程序是否應公開進行？或應一併考慮。類似前者，羈押程序若是公開進行，輔以閱卷權之落實，其實對部分被告言，未必不利。

（三）羈押審查程序所採之證據法則

比較困難的問題是，於羈押審查程序究應採取何種證據法則？我國現行法僅規定無傳聞證據毋需排除，但違法取得之證據以及違法取得之自白等，究竟可否為用？前者美國法看似准許者，後者則有上訴法院表示反對意見，我國法制究竟應採取何種態度，在羈押程序閱卷權落實後，或應一併思考。

（四）檢察官所負舉證責任

上述美國檢察官對於預防性拘禁危險之要件，係負證據明確之說服責任，但於證明被告有逃亡之虞場合，僅負證據優勢責任即可。我國法是否亦應一併考慮？或可思考。

（五）羈押程序指定辯護人

羈押審查程序之其他正當程序要素中，指定被告辯護人之法制為美國法所採，故在閱卷權落實後，除非閱卷權之主體調整，否則恐有思考引入之必要。

五、小結

美國與我國之羈押審查法制有其差異，關鍵在於，美國法固一方面賦予被告檢閱聲押事證等有利於被告權利，但另一方面卻亦設計放寬證據法則等有利於控方的制度。是以在借鏡美國閱卷權法制與學理之際，有必要對於是否須一併引進之其他相關制度配套，做更深入的思考。

陸、於我國憲法架構下可能釋憲作為（二）：釋憲方法

綜上所述，美國法有關羈押審查法制設計，以及該國實務相關案件所表示之意見，其中得為參考、參酌之處，並不在少數。以下便以我國法制為基礎，美國經驗為借鏡，嘗試對本釋憲爭議的可能釋憲方法，提出淺見：

一、確立羈押審查程序性質

無論是美國法，抑或是歐洲人權法院相關判決見解，基本上係將羈押審查程序定性為當事人進行或對審程序（adversary procedure），如此對羈押審查程序性質之評定，顯然是與我國現行刑訴之相關規定不同者。此因現行刑訴第一百零一條第二項僅規定檢察官「得」到場陳述，而非「應」到場，顯而易見地不當然要求對審，而此種立法宗旨也可從同條第三項規定，係由法官告知被告及其辯護人相關事證之規定可知。是故，鈞院無論是欲從事合憲性解釋抑或是做違憲解釋，釐清羈押審查程序的性質，應為首要之務。且有不可已於言者為，傳統國內

法界有關非訟與訴訟程序之區別，或刑事訴訟當事人進行與職權進行主義制度之區分，於上述美國羈押審查法制來看，或是從國際人權法有關羈押審查程序性質的意見來看，恐不免有所不足。

二、釐清釋憲標的：擴張及於刑訴第一零一條第二項第三項

從促進被告於羈押審查程序保障之角度看，本釋憲爭議之標的有必要予以再為釐清。一個簡單之作法，係依據 鈞院向來所持之重要關聯性理論，將訴訟標的擴張及於刑訴第一零一條第二項及第三項。然將釋憲標的如此擴張，尚非僅是援引重要關聯性理論而已，更是從對被告正當程序保障觀點所為之立論。至少有三項理由可為提出：

第一，僅從閱卷權之角度切入本爭議，除非有以下兩項配套，否則對於部分被告而言恐怕只是秀才人情，即法制上還需一併考慮到以下二事：或是更放寬被告作為閱卷權的主體，或是將我國現行的偵查中辯護制度予以更為完備，擴充指定辯護的範圍，否則欲從閱卷權出發解決本爭議，恐有所不足。第二，如果學理上被告辯護人於羈押程序中不可能享有與審理程序相同之閱卷權，則問題之重點是在於羈押審查程序中被告權利究應如何保障之問題，則本釋憲爭議所涉之法條，或應以刑訴第一零一條第二項及第三項作為釋憲標的為宜，也就是這或許應定性為羈押審查正當程序如何設計之問題。第三，如果考慮到上述配套問題，也就是延後聲押、證據法則以及檢方舉證責任等問題之處理，似透過對刑訴第一零一條第二項第三項之解釋，恐比以刑訴第三十一條第一項作為釋憲標的，較易建構完整是羈押審查法制。

三、與先前類似解釋間之關係及決定介入程度

另外， 鈞院當然應考慮本解釋與先前各號人身自由解釋之關係，同時決定哪些議題應委由立法機關解決。

四、可能釋憲方法（一）：合憲性解釋

本釋憲爭議似有做合憲性解釋之可能性：即一方面補充刑訴第一零一條第二項及第三項規定，前者係將檢察官改為應出庭陳述，後者則是至少規定法官必須向被告或其委任辯護人提示檢方所據以聲押之事證，使被告或其辯護人有機會親自檢視相關事證。

另外， 鈞院或得解釋檢方有義務製作聲押卷宗，於發動聲押程序時必須將該聲押卷上呈法院，同時亦准許被告辯護人閱覽。

五、可能解釋方法（二）：違憲解釋之依據與範圍

如果 鈞院選擇做違憲宣告，從上述相關制度配套之角度看，似亦宜對刑訴一零一條第二項及第三項，以違反憲法第八條第一項正當程序保障以及憲法第十六條訴訟權保障為由，宣告違憲。

而如 鈞院果欲從事違憲宣告，似宜慎重考慮將上述可能之制度配套，諸如延後聲押程序、指定辯護、證據法則以及檢方舉證責任等事，在解釋中適度提及，俾為將來整體羈押審查正當程序法制之建構，奠下合憲之基石。此外，或可從被告正當程序保障角度，得命地方法院內設置類似美國法之中立 Pretrial Service Department，提供法院從事羈押審查時的第三方意見，俾以一方面保障（無選任辯護人）被告，同時亦可補檢方因時間限制上所導致準備上之不足。

柒、結論

本釋憲爭議之問題經緯萬端，極其複雜，由於時間以及個人學殖所限，諸多問題論述還有待充實，謬誤之處多有，還盼請 鈞院不吝指正！非常謝謝！